

Die Seite des SF / La page du FS

Urheberrechtsentwicklung durch den EuGH – entfernt sich die EU von der Schweiz?

12. Urheberrechtstagung des Schweizer Forum für Kommunikationsrecht SF•FS in Kooperation mit dem Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern vom 27. Februar 2013, abgehalten im Haus der Universität Bern

CORINNE TAUFER-LAFFER*

- I. Einführung**
- II. Werkbegriff**
 - 1. Referat
 - 2. Diskussion
- III. Verwertungsrechte**
 - 1. Referat
 - 2. Diskussion
- IV. Schutzgrenzen**
 - 1. Referat**
 - 2. Diskussion**
- V. Vergütungsansprüche**
 - 1. Referat
 - 2. Diskussion
- VI. Rechtsdurchsetzung**
 - 1. Referat
 - 2. Diskussion
- VII. Softwareschutz**
 - 1. Referat
 - 2. Diskussion
- VIII. Schlussdiskussion**

Im Rahmen seiner zwölften Urheberrechtstagung ging das Schweizer Forum für Kommunikationsrecht SF•FS der Frage nach, ob und gegebenenfalls mit welcher Konsistenz der Europäische Gerichtshof (EuGH) die Untätigkeit des europäischen Gesetzgebers in Bezug auf die Modernisierung des EU-Sekundärrechts im Bereich des harmonisierten Urheberrechts mittels rechtsfortbildender Rechtsprechung zu kompensieren vermag. Ausgehend von thematischen Gruppen analysierten die Fachreferenten, was die Kernaussagen der bislang ergangenen Rechtsprechung des EuGH sind, ob diesbezüglich Divergenzen zur Rechtslage in der Schweiz bestehen und gegebenenfalls welche Konsequenzen sich daraus ergeben. Die jeweiligen Themenblöcke wurden durch Publikumsdiskussionen unter der Führung des Tagungsleiters, Prof. Dr. RETO M. HILTY, Ordinarius an der Universität Zürich und Direktor am Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht in München, abgerundet.

I. Einführung

HILTY eröffnete die Tagung und hielt einleitend fest, dass in der Schweiz keine automatische Übernahme des aus dem EU-Primärrecht abgeleiteten Sekundärrechts, sondern vielmehr eine freiwillige Rezeption ausgewählter EU-Standards in das schweizerische Recht erfolge. In diesem Sinne habe die Schweiz bewusst auf die Umsetzung der sui generis Datenbank-RL¹ und der Folgerecht-RL² ver-

* lic. iur., Advokatin, Wissenschaftliche Assistentin und Doktorandin am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern.

¹ Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABl. Nr. L 77/20 vom 27. März 1996.

² Richtlinie 2001/84/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 27. September 2001 über das Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstwerks, ABl. Nr. L 272/32 vom 13. Oktober 2001.

zichtet sowie gezielte Abweichungen zur Info-RL³, die den Geist der 90er-Jahre atme, vorgenommen. Im Gegensatz zur Schweiz habe es der europäische Gesetzgeber trotz technologisch bedeutsamer Entwicklungen versäumt, die im Sekundärrecht harmonisierten Aspekte des materiellen Urheberrechts an das digitale Zeitalter anzupassen. Diese Stagnation versuche der EuGH zunehmend durch richterliche Rechtsfortbildung wettzumachen. Vor diesem Hintergrund dränge sich die Frage auf, ob der EuGH im Bereich des Urheberrechts nachvollziehbare Linien ziehen und auf diese Weise das veraltete urheberrechtsrelevante Sekundärrecht in Europa harmonisieren könne. Diese Frage sei für die Schweiz insofern von Bedeutung, als der schweizerische Gesetzgeber nunmehr auch die europäische Rechtsprechung zu beachten habe, wenn es darum gehe, sich inskünftig für oder gegen einen Lösungsansatz des EU-Sekundärrechts zu entscheiden.

II. Werkbegriff

1. Referat

Prof. Dr. CYRILL P. RIGAMONTI, Ordinarius für Wirtschaftsrecht an der Universität Bern, eröffnete die Vortragsreihe mit dem Hinweis, dass der Werkbegriff als Einfallstor in das Urheberrecht besonders wichtig sei. Für drei Werkkategorien sei der Werkbegriff durch Richtlinien harmonisiert worden, nämlich für Computerprogramme in der Software-RL⁴, für Datenbankwerke in der Datenbank-RL und für Fotografien in der Schutzdauer-RL⁵. Dagegen bestünde für die übrigen Werkarten kein gesetzlich harmonisierter Werkbegriff. Nach diesen Richtlinien werde ein Werk immer dann geschützt, wenn es das «Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung des Urhebers» darstelle. Der Ausdruck der «eigenen» Schöpfung stamme aus dem Common Law, wonach grundsätzlich alles geschützt sei, was nicht von einem Dritten kopiert wurde. Zur Beurteilung der Schutzfähigkeit würden explizit keine weiteren Kriterien vorausgesetzt. Nach RIGAMONTI müsste die Definition der Werkbegriffe der nicht gesetzlich harmonisierten Werkkategorien streng genommen auf der Grundlage des anwendbaren nationalen Rechts der Mitgliedstaaten erfolgen. Dies sei jedoch nicht (mehr) der Fall, wie die jüngste Rechtsprechung des EuGH zeige, denn der EuGH habe den Werkbegriff inzwischen für alle Werkkategorien harmonisiert.

Daraufhin erläuterte und analysierte RIGAMONTI ausgewählte Entscheidungen des EuGH, insbesondere die Entscheidungen «Infopaq» (C-5/08), «BSA» (C-393/09), «Murphy» (C-429/08 u. C-403/08), «Painer» (C-145/10) sowie «Football Dataco» (C-604/10). Im Lichte dieser Entscheidungen liege ein schutzfähiges Werk immer dann vor, wenn es eine eigene geistige Schöpfung des Urhebers sei («Infopaq»). Entscheidend sei dabei das Vorliegen des Kriteriums der Originalität. Dieses sei bei einem Ergebnis reiner Fleissarbeit und bedeutender Sachkenntnis (sog. «skill and labour») nicht gegeben («Football Dataco»). Ferner sei zur Annahme der Originalität nicht die Spiegelung der Urheberpersönlichkeit im Werk erforderlich. Vielmehr genüge es, wenn im Werk die persönliche Note des Urhebers – verstanden als Ausdruck der frei getroffenen kreativen Entscheidungen des Urhebers – enthalten sei («Painer»). Schliesslich liege keine Originalität vor, wenn kein Raum für künstlerische Freiheit bzw. schöpferische Tätigkeit bestehe, so z.B. infolge technischer Bedingtheit («BSA») oder bei vorgegebenen Spielregeln («Murphy»).

Nach RIGAMONTI habe sich die EuGH-Rechtsprechung damit nicht von der schweizerischen Rechtsprechung entfernt, sondern sich dieser vielmehr angenähert. Grund dafür sei, dass die schweizerische Schutzvoraussetzung der «Individualität» inhaltlich demjenigen entsprechen würde, was der EuGH durch richterliche Auslegung unter dem Stichwort der «Originalität» subsumiert habe. Was der Urheber an Ressourcen in die Werkerzeugung investiert habe, genüge auch hierzulande nicht. Umgekehrt wisse man seit dem Entscheid «Bob Marley», dass nicht eine «persönliche Prägung» des Werks in dem Sinne vorliegen müsse, dass das Werk die Persönlichkeit des Urhebers spiegeln müsste (BGE 130 III 168 E. 4.4). Darüber hinaus anerkenne auch das Bundesgericht, dass kein Urheberrechtsschutz besteht, wenn es gar keinen Raum für eine schöpferische Tätigkeit gibt (BGE 125 III 328 E. 4b). RIGAMONTI beendete seinen Vortrag mit dem Fazit, dass die groben Eckpfeiler des vom EuGH

³ Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. Nr. L 167/10 vom 22. Juni 2001.

⁴ Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. Nr. L 111/16 vom 5. Mai 2009.

⁵ Richtlinie 2006/116/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte, ABl. Nr. L 372/12 vom 27. Dezember 2006.

geschaffenen paneuropäischen Werkbegriffs durchaus dem schweizerischen Rechtsverständnis entsprechen. Insofern sei der Aktivismus des EuGH in diesem Bereich für die Schweiz im Ergebnis unproblematisch und schaffe jedenfalls keinen zusätzlichen Anpassungsdruck.

2. Diskussion

Auf die Frage eines Teilnehmers, weshalb der EuGH bei der Auslegung des Werkbegriffs nicht auf die RBÜ⁶ zurückgreife, wies RIGAMONTI darauf hin, dass Art. 2 Abs. 5 RBÜ zwar von «geistiger Schöpfung» spreche, jedoch keine Definition der massgeblichen Schutzvoraussetzungen enthalte. Dr. PETER MOSIMANN, Rechtsanwalt in Basel und Lehrbeauftragter für Immaterialgüter- und Kunstrecht an der Universität Basel, bedauerte, dass das Bundesgericht zur Beurteilung der Werkqualität von Fotografien keine Anhörung von Expertenaussagen zulasse. Letztlich seien die Experten im Vergleich zu Juristen besser in der Lage zu beurteilen, was als schöpferisch und was als rein handwerklich zu gelten habe. Diese Forderung sei – so RIGAMONTI – ja geradezu ein Plädoyer für ein Bundesurheberrechtsgericht. MOSIMANN gab zu Bedenken, dass ohne Berücksichtigung von Expertenmeinungen Schnappschüsse praktisch immer schutzunwürdig seien, was letztlich nicht sein könne. Dr. WERNER STAUFFACHER, Vizedirektor von ProLitteris, schlug diesbezüglich vor, dass jeder Fotografie in Analogie zur deutschen Rechtsordnung Lichtbildschutz gewährt werden könnte. Gleichzeitig merkte er an, dass dadurch die Grundproblematik nicht gelöst, sondern lediglich auf die nächsthöhere Ebene verlagert würde, d.h. auf Ebene der Frage, ab wann ein schutzfähiges fotografisches Lichtbildwerk vorliege. In diesem Zusammenhang brachte HILTY den Begriff der «kleinen Münze» ein. Demnach könnten auch einfache Werke durch das Urheberrecht geschützt werden, selbst wenn sie über ein schwaches Mass an individueller, schöpferischer und gestalterischer Ausdruckskraft verfügten. Ferner sei nach HILTY die von Max Kummer geprägte Theorie der «statistischen Einmaligkeit» im Kontext der Fotografie nicht von der Hand zu weisen; diese Theorie würde jedoch vielenorts falsch verstanden. Dr. DAVID ASCHMANN, Richter am Bundesverwaltungsgericht, fand es problematisch, dass das Bundesgericht im Entscheid «Bob Marley» keine Unterscheidung zwischen dem Beitrag des Musikers Bob Marley und dem Beitrag des Fotografen gemacht habe.

III. Verwertungsrechte

1. Referat

Dr. PETER MOSIMANN analysierte die EuGH-Rechtsprechung zu den Verwertungsrechten anhand der Entscheidungen «BSA» (C-393/09), «Directmedia» (C-304/07), «Apis» (C-545/07), «Football Dataco II» (C-173/11), «Cassina» (C-456/06), «Zirkus Globus» (C-283/10) und des damals noch hängigen Vorabentscheidungsverfahrens «Catch-up TV» (C-607/11).

In der Entscheidung «BSA» habe der Gerichtshof festgehalten, dass eine grafische Benutzeroberfläche (sog. Interfaces) nicht als Ausdrucksform eines Computerprogramms nach Art. 1 Abs. 2 Software-RL gelte, ein allfälliger Schutz als literarisches Werk kraft der Info-RL dennoch grundsätzlich möglich sei, jedoch deren Ausstrahlung im Fernsehen nicht unter das Verwertungsrecht der öffentlichen Wiedergabe nach Art. 3 Abs. 1 Info-RL falle. Unter Berufung auf die entsprechende Lehrmeinung von HILTY seien nach MOSIMANN zumindest in der Schweiz auch Interfaces als Computerprogramme bzw. als Teile davon i.S.v. Art. 2 Abs. 3 i.V.m. Abs. 4 URG geschützt. Ob eine kollektive Rechteverwertung solcher Interfaces zulässig sei, wurde vom EuGH nicht beantwortet. Zwar sei dies nach MOSIMANN im Lichte von Art. 40 Abs. 2 URG theoretisch möglich, er würde jedoch dem ausschliesslichen Verwertungsrecht nach Art. 10 Abs. 3 und 13 Abs. 4 URG den Vorrang geben.

Von besonderem Interesse für die Schweiz seien laut MOSIMANN die Entscheidungen «Directmedia», «Apis» und «Football Dataco II», welche Verwertungshandlungen im Kontext von Datenbanken zum Gegenstand hatten. Art. 7 Datenbank-RL sehe ein Immaterialgut sui generis vor, welches das Amortisationsinteresse des Datenbankherstellers vor parasitärer, systematischer und wiederholter Übernahme wesentlicher wie auch unwesentlicher Teile des Inhalts aus seiner Datenbank schütze. Schutzgegenstand sei dabei weder die Investition als solche noch der Datenbankinhalt als Leistungsergebnis, sondern vielmehr die in der Datenbank verkörperte Investition bei «Beschaffung, Überprüfung und Darstellung» der Daten. In der Schweiz bestehe kein sui generis Datenbankschutz für quantitativ und qualitativ hochwertig zusammengestellte, softwarebetriebene Datenbanken. Ein allfälliger

⁶ Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst, revidiert in Paris am 24. Juli 1971 (SR 0.231.15).

Schutz ergebe sich lediglich aus Art. 2 Abs. 4 URG für Sammelwerke und aus Art. 5 lit. c UWG. Letzgenannte Bestimmung sei nach MOSIMANN quasi zur «lettre morte» erklärt worden, als das Bundesgericht eine systematische, parasitäre Inhaltsübernahme aus einer Datenbank, welche zeitlich *nach* erfolgter Amortisation der ursprünglichen Investitionskosten stattgefunden habe, nicht (mehr) für unlauter hielt (BGE 134 III 166 E. 4.3). Vor diesem Hintergrund würden Inhaber einer schweizerischen Datenbank gegenüber Konkurrenten in der EU benachteiligt; dies vor allem dann, wenn der Datenbankinhalt als solcher urheberrechtlich nicht schutzfähig sei.

In der Entscheidung «Cassina» habe der EuGH unter Bezugnahme auf Art. 6 Abs. 1 WCT sowie auf Art. 8 Abs. 1 und 12 Abs. 1 WPPT das Verbreitungsrecht i.S.v. Art. 4 Info-RL dahingehend ausgelegt, dass dazu eine Eigentumsübertragung erforderlich sei. MOSIMANN wies diesbezüglich auf die uneinheitliche schweizerische Lehre hin, wonach sich DESSEMONTET und BARRELET/EGLOFF im Gegensatz zu REHBINDER und HILTY für eine Eigentumsübertragung ausgesprochen hätten. Vor diesem Hintergrund dränge sich laut MOSIMANN die Frage auf, ob das nationale Recht im Vergleich zu Art. 6 WCT einen höheren Verbreitungsstandard verlangen könne.

Nach MOSIMANN könne der Ausgang des (damals noch⁷) hängigen Vorabentscheidungsverfahrens «Catch-up TV», in dem der EuGH auszulegen habe, ob das Live-Streaming von frei zugänglichen Fernsehsendungen unter das Recht der öffentlichen Wiedergabe der Sendeunternehmen falle, eine präjudizierende Wirkung für die Schweiz haben, sofern sich der EuGH zur Auslegung von Art. 3 Abs. 1 Info-RL auf den Dreistufentest berufe, der völkerrechtlich auch für die Schweiz gelte. Derzeit sei dieses Themengebiet auch in der Schweiz hochaktuell. MOSIMANN sah im per 1. Januar 2013 in Kraft getretenen, von der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (ESchK) genehmigten Gemeinsamen Tarif 12 ein indirektes Präjudiz hinsichtlich der Zulässigkeit solcher Dienste. Gleichzeitig soll jedoch die SRG im Lichte der RTVG-Revision einen neuen Art. 19 Abs. 3^{ter} URG beim BAKOM beantragt haben, wonach die vollständige oder weitgehend vollständige Vervielfältigung eines Programms i.S.v. Art. 2 lit. a RTVG unzulässig sei, wenn die Kopiermöglichkeit und Speicherkapazität von einem Dritten auf einen zentralen Speicher in Form eines «virtual Personal Video Recorder (vPVR)» oder «hosted PVR» zur Verfügung gestellt würde.

In der Entscheidung «Zirkus Globus» habe der Gerichtshof klargestellt, dass die öffentlich wiedergegebenen musikalischen Werke im Rahmen von Zirkus- und Kabarettvorstellungen (sog. «Zirkusmusik») direkt aufgeführt und daher nicht von Art. 3 Abs. 1 Info-RL erfasst seien. MOSIMANN wies in diesem Zusammenhang auf das noch nicht rechtskräftige Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. Februar 2013 (B-8558/2010) hin, worin der Grundsatz für den Gemeinsamen Tarif Z betreffend die direkte Verwertung der ausschliesslichen Aufführungsrechte durch die Urheber (Art. 40 Abs. 3 URG) bestätigt worden sei.

2. Diskussion

HILTY eröffnete die Diskussionsrunde mit dem Hinweis, der EuGH versuche zunehmend, die Ausdehnung der Verwertungsrechte einzudämmen. Dies käme besonders in der Entscheidung «Cassina» zum Ausdruck. Zudem habe der EuGH den sui generis Datenbankschutz zurückgestutzt. Datenbankschutz sei nach HILTY ein Investitionsschutz. Dafür müsse der Inhalt nicht urheberrechtlich geschützt sein. Ass.-Prof. Dr. FLORENT THOUVENIN, Universität St. Gallen, warf diesbezüglich ein, dass ein urheberrechtlicher Datenbankschutz anhand der Kriterien der individuellen Auswahl und der Anordnung aufgrund der einer Datenbank zugrunde liegenden Algorithmen ohnehin kaum gewährt würde. MOSIMANN replizierte, dass der EuGH beim Datenbankschutz die Voraussetzung der «qualitativ hochstehenden Anordnung», welche nicht durch technische Vorgaben bedingt sein dürfe, eingeführt habe. Nach HILTY sollte ein Datenbankschutz über ein Leistungsschutzrecht zugunsten von Datenbankherstellern statt über das Urheberrecht am Sammelwerk (Art. 4 URG) gewährleistet werden.

⁷ An dieser Stelle sei angemerkt, dass der EuGH mit Urteil vom 7. März 2013 zwischenzeitlich entschieden hat, dass Live-Streaming von frei zugänglichen Fernsehsendungen unter das Recht der öffentlichen Wiedergabe der Sendeunternehmen fällt.

IV. Schutzgrenzen

1. Referat

Dr. WILLI EGLOFF, Rechtsanwalt in Bern, widmete sich der Rechtsprechung des EuGH zu den Schrankenregelungen des urheberrechtsrelevanten Sekundärrechts. Dazu hielt er einleitend fest, dass in jeder Richtlinie Schrankenregelungen enthalten seien. Im Speziellen ging er auf die Info-RL ein, welche abschliessend eine obligatorische Schutz Ausnahme für vorübergehende Vervielfältigungen sowie 20 weitere fakultative Schutz Ausnahmen bezogen auf das Vervielfältigungsrecht bzw. das Recht der öffentlichen Wiedergabe vorsehe. Nach EGLOFF könnten die fakultativen Schranken optional auch auf das Verbreitungsrecht angewandt werden. Überdies unterlägen alle fakultativen Schutz Ausnahmen dem Dreistufentest. Mit Einführung der Richtlinie 2012/28/EU über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke⁸ seien zudem jüngst weitere Schutzschranken für verwaiste Werke dazugekommen.

Danach besprach EGLOFF die Entscheidung «UsedSoft» (C-128/11). Gegenstand des zugrunde liegenden Rechtsverfahrens war, dass Kunden von Oracle Lizenzpakete bestehend aus 25 Lizenzen von Oracle erwarben und diese oder Teile davon später an UsedSoft weiterveräusserten, die damit Handel betrieb. Der Gerichtshof stellte klar, dass in Bezug auf Computerprogramme die Software-RL lex specialis zur Info-RL sei. Im Gegensatz zur Info-RL würde die Software-RL die Erschöpfung nicht bloss auf materielle Werkexemplare beschränken. Demnach bewirke der streitgegenständliche Verkauf einer Programmkopie die Erschöpfung des nicht körperlichen Werkexemplars nach Art. 4 Software-RL. Folglich war auch das Verbreitungsrecht an der veräusserten Programmkopie erschöpft und der weitere Erwerb des nicht körperlichen Werkexemplars grundsätzlich rechtmässig.

Alsdann analysierte EGLOFF die Entscheidungen «SGAE» (C-306/05), «SCF» (C-135/10) und «PPL Ireland» (C-162/10). Darin habe der Gerichtshof das Abspielen von Musik in Hotel- bzw. Wartezimmern einer Arztpraxis uneinheitlich einmal als öffentliche Wiedergabe, einmal als Wiedergabe im rein privaten Bereich qualifiziert. Die blossere Bereitstellung von Empfangsgeräten sei als urheberrechtlich irrelevant eingestuft worden, nicht jedoch die Zulieferung von Programmen zu diesen Geräten. Ferner habe die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der «öffentlichen» Wiedergabe ergeben, dass eine solche zu Erwerbsabsichtszwecken an «recht viele Personen» gerichtet sein müsse. Vor diesem Hintergrund habe der EuGH – so EGLOFF – das Abspielen von Musik in Hotelzimmern als öffentliche Wiedergabe qualifiziert, da diese an eine Vielzahl von Personen, verstanden als die Summe aller Hotelgäste samt Folgegäste, gerichtet war und angeblich einen Einfluss auf den Hotelstandard bzw. auf die Preisgestaltung hatte. Im Gegensatz dazu hätte sich das Abspielen von Musik in einer Arztpraxis laut EuGH nicht auf die Preisgestaltung der Arztleistung ausgewirkt und sei überdies bloss an «wenige Personen» gerichtet. Letztgenannte Aussage sei nach EGLOFF zu Unrecht ohne Berücksichtigung der Summe aller Patienten und Folgepatienten erfolgt. Eine vergleichbare Situation werde in der Schweiz laut EGLOFF anders beurteilt. Zum einen würde bereits die Bereitstellung von Ton- und Tonbildträgern von Art. 10 Abs. 2 lit. c URG erfasst. Zum anderen bestünde bei nicht theatralischen, musikalischen Werken, die in Hotelzimmer-Videos abgespielt würden, eine Pflicht zur Kollektivverwertung (vgl. Gemeinsamer Tarif HV). Die übrigen Rechte müssten dagegen individuell erworben werden.

Die Auslegung der Zitatschranke nach Art. 5 Abs. 2 lit. d und e Info-RL in der Entscheidung «Painer» (C-145/10) habe – so EGLOFF – ergeben, dass (a) das Zitieren von ganzen fotografischen Werken zulässig sei, (b) der zitierende Text nicht ein urheberrechtlich geschütztes Werk sein müsse und (c) das Zitat die Angabe der Quelle inkl. Nennung des Urhebers bzw. der Urheberin erfordere, sofern diese in der Quelle genannt seien. Im Einklang mit dieser Rechtsprechung werde in der Schweiz – so EGLOFF – das Zitieren ganzer Fotografien zugelassen, jedoch im Unterschied dazu nur dann, wenn selbst mit dem zitierenden Medium ein urheberrechtlich geschütztes Werk geschaffen würde.

In den Entscheidungen «FAPL» (C-403/08), «Murphy» (C-429/08) und «Infopaq II» (C-302/10) habe der EuGH klargestellt, dass die Ausnahmeregelung der vorübergehenden Vervielfältigung nach Art. 5 Abs. 1 Info-RL einen angemessenen Rechts- und Interessenausgleich bezwecke. Entsprechend sei diese Ausnahmeregelung nicht restriktiv auszulegen. Ferner habe der EuGH in diesen Entscheidungen den Nutzungshandlungen nur dann eigenständige, wirtschaftliche Bedeutung zugesprochen,

⁸ Richtlinie 2012/28/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke, ABl. Nr. L 299/5 vom 27. Oktober 2012.

wenn diese über die erlaubte Nutzung hinaus einen zusätzlichen wirtschaftlichen Nutzen verfolgten. In der Schweiz gebe es abgesehen von BGE 133 III 473 keine Entscheide zu Art. 24a URG. Gleichwohl dürfte nach EGLOFF das Bundesgericht diese Norm im Einklang mit der europäischen Rechtsprechung auslegen, zumal diese gleichermaßen dem Interessenausgleich zwischen berechtigten Nutzern diene und die technischen Änderungen im Bereich der Vervielfältigungen widerspiegle.

EGLOFF zog das Fazit, dass zwischen der schweizerischen Rechtsprechung und derjenigen des EuGH zu den Schutzgrenzen derzeit (noch) kein Graben bestehe. Dies hänge jedoch nicht von der Schrankensituation, sondern vielmehr von den jeweiligen Einzelfällen ab. Er beendete seinen Vortrag mit der Bemerkung, dass lediglich im Bereich des Eigengebrauchs sowie im Radio-/Fernsehbereich die Schrankenbestimmungen voneinander abweichen würden.

2. Diskussion

Auf die Frage eines Teilnehmers, ob beim Abspielen von Musik in Hotelzimmern nicht das Weitersenderecht tangiert sei, wies EGLOFF darauf hin, dass das schweizerische Weitersenderecht vom europäischen Begriff der «öffentlichen Wiedergabe» gemäss der Satelliten- und Kabel-RL⁹ erfasst sei. Ferner bekräftigte EGLOFF auf Nachfrage von HILTY, dass der EuGH die Schranken durch extensive Auslegung, die teils über den Wortlaut einer Schrankenbestimmung hinausgehe, nun stärker zu leiten versuche. Diesbezüglich wollte HILTY wissen, welche Rolle dem Dreistufentest zukomme und ob der EuGH nicht eine Chance verpassen würde, wenn er zur Begründung seiner Rechtsprechung sich nicht darauf beziehe. EGLOFF sah im Dreistufentest eine Anweisung an die nationalen Gesetzgeber, welche bei der Festlegung nationaler Schrankenregelungen als absolute Grenze zu gelten habe. Als dann erwog HILTY die ökonomische Analyse des Urheberrechts. Daraufhin gab ein Teilnehmer zu Bedenken, dass Fortschritt zwar gut, jedoch im Lichte der sich gegenüberstehenden Interessen auch angemessen einzuschränken sei. Derzeit würden die kreativ Arbeitenden die Leidtragenden sein. Nach Dr. KAI-PETER UHLIG, Rechtsanwalt in Zürich, finde derzeit eine Umverteilung der Wertschöpfungsketten statt. Einnahmen würden nicht mehr einzig anhand der Verwertungsrechte, sondern vielmehr mit Hilfe anderer Vertragspartner, wie etwa Kommunikationsfirmen, erzielt werden. THOUVENIN sah in diesem Trend keine Umverteilung zwischen Kreativen und Nutzern, sondern eine Umverteilung zwischen verschiedenen Nutzungsarten.

V. Vergütungsansprüche

1. Referat

Lic. iur. FABIAN WIGGER, Doktorand an der Universität Zürich, fokussierte seine Ausführungen auf die europäische Rechtsprechung zu den Vergütungsansprüchen für private Vervielfältigungen. Art. 5 Abs. 2 lit. b Info-RL lasse die Einführung von Ausnahmen in Bezug auf Vervielfältigungen durch natürliche Personen zum privaten Gebrauch auf beliebigen Trägern unter der Voraussetzung zu, dass diese weder für direkte noch indirekte kommerzielle Zwecke genutzt würden und die Rechtsinhaber dafür einen gerechten Ausgleich erhielten. Das Zauberwort heisse demnach «gerechter Ausgleich». Dieser unbestimmte Rechtsbegriff sei im Zeitpunkt der Erstellung der Info-RL bewusst weit gefasst worden, um sämtliche vorbestehenden Vergütungssysteme in den Mitgliedstaaten zu erfassen, müsse jedoch im Lichte der Entscheidung «SENA» (C-245/00) einheitlich ausgelegt werden. Diesbezüglich habe der EuGH in den Entscheidungen «Padawan» (C-467/08), «Opus» (C-462/09) und «Luksan» (C-277/10) einige Leitlinien festgelegt. Schliesslich dürften auch die hängigen Vorabentscheidungsverfahren «Amazon» (C-521/11), «Nokia» (C-463/12), «ACI Adam» (C-435/12) und «Kyocera» (C-457/11) sowie der Schlussbericht von ANTÓNIO VITORINO zur Thematik des gerechten Ausgleichs für Privatkopien vom 31. Januar 2013 zu Händen der Europäischen Kommission¹⁰ von Interesse sein.

Nach WIGGER habe der Gerichtshof in der Entscheidung «Padawan» (a) pauschale Abgaben als zulässiges Instrument zur Schaffung eines gerechten Ausgleichs qualifiziert, (b) im Lichte der Überwältigung

⁹ Richtlinie 93/83/EWG des Rates vom 27. September 1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung, ABl. Nr. L 248/15 vom 6. Oktober 1993.

¹⁰ Recommendations resulting from the mediation on private copying and reprography levies dated 31. January 2013, Brussels, abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/levy_reform/13013_1_levies-vitorino-recommendations_en.pdf (zuletzt besucht am 19. April 2013). Sämtliche Unterlagen zum dazu ergangenen Konsultationsverfahren sind abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/copy_right/levy_reform/index_de.htm (zuletzt besucht am 19. April 2013).

zungsmöglichkeiten keine Identität zwischen dem Schuldner der Abgabe für Privatkopien und dem schrankenprivilegierten Nutzer vorausgesetzt, (c) als Berechnungsgrundlage für den gerechten Ausgleich zwingend den Schaden, welcher den Urhebern durch die Einführung der Schranke der Privatkopie erwachse, herangezogen, (d) zwingend einen Zusammenhang zwischen der Anwendung einer Abgabe für Privatkopie und dem mutmasslichen Gebrauch der abgabebelasteten Geräte/Medien zur Anfertigung von Privatkopien verlangt sowie (e) bei Geräten/Medien, die von natürlichen Personen erworben würden, die Vermutung aufgestellt, dass diese tatsächlich zur Anfertigung von Privatkopien verwendet würden. Die Kernaussage des EuGH sei indes, dass eine unterschiedslose Anwendung der Abgabe für Privatkopien auf Geräte/Medien, die von anderen als natürlichen Personen zu eindeutig anderen Zwecken als der Anfertigung von Privatkopien erworben würden, nicht unionsrechtskonform sei. Ein Vergleich mit der schweizerischen Rechtslage weise auf, dass der Schaden grundsätzlich kein Kriterium für die Festsetzung der Tariffhöhe sei, zumal sich diese nach Art. 60 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 60 Abs. 2 URG anhand der Kosten berechne. Ferner ziele die schweizerische Leerträgervergütung (Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 19 URG) von Gesetzes wegen nicht nur auf Privatkopien, sondern zwecks Vermeidung von Überschneidungen mit anderen Tarifen (so z.B. für schulische Nutzungen) gesamthaft auf alle Verwendungen zum Eigengebrauch ab. Auch in der Schweiz bestünden jedoch gewisse Ansätze zur Fokussierung auf Privatnutzungen. So werde in Ziff. 4.1 des Gemeinsamen Tarifs 4a eine Abgrenzung nach Leerträgertypen vorgenommen. Hingegen habe die ESchK in einem Entscheid vom 11. Dezember 2002 zum GT 4b ausdrücklich festgehalten, dass es keine Abgrenzung nach Vertriebskanal gebe, indes zugestanden, dass auch «nicht private Nutzungen» bei der Festsetzung der Tariffhöhe pauschal berücksichtigt worden seien (E. 3a). Nach WIGGER sei dieser schweizerische Ansatz zwar praktikabel, jedoch führe dies zu einer unterschiedslosen Tarifierung. Vor diesem Hintergrund erachtete WIGGER es zumindest als fragwürdig, ob der EuGH mit dem schweizerischen Lösungsansatz zufrieden wäre.

In der Entscheidung «Opus» sei der EuGH zum Schluss gekommen, dass (a) Mitgliedstaaten, die eine Schranke für Privatkopien vorsehen, eine Ergebnispflicht treffe, einen gerechten Ausgleich zu gewähren und (b) sofern die Erhebung des gerechten Ausgleichs bei den privaten Käufern nicht gewährleistet werden könne, es den Mitgliedstaaten zustehe, die Abgabe für Privatkopien auch gegenüber einem ausländischen Anbieter zu erheben. In der Schweiz sei das Phänomen ausländischer Versandanbieter gleichermaßen bekannt. Art. 20 Abs. 3 URG würde jedoch nur auf Hersteller und Importeure abzielen. Eine diesbezügliche Regelung erfolge jedoch mittels tariflicher Fiktion, wonach als Importeur auch ein im Ausland ansässiger Anbieter gelte, der Leerträger im Versandhandel Konsumenten in der Schweiz anbiete und die Konsumenten dabei so stelle, als ob diese die Leerträger von einem inländischen Anbieter erwerben würden (vgl. Ziff. 2.4 GT 4c und Ziff. 2.4 GT 4d).

WIGGERS Analyse der Entscheidung «Luksan» ergab, dass mitgliedstaatliche Bestimmungen, die das Urheberrecht originär beim Filmproduzenten statt beim Filmregisseuren und Drehbuchautoren entstehen lassen, unionsrechtswidrig sind. Hingegen sei eine widerlegbare Vermutung, wonach Filmurheber ihre Rechte an Filmproduzenten übertragen können, grundsätzlich unionsrechtskonform. Unter Berufung auf die Entscheidung «Opus» habe der EuGH sogleich klargestellt, dass der Anspruch des originären Urhebers auf gerechten Ausgleich unverzichtbar und eine Vermutung (ob widerlegbar oder nicht), wonach der Filmproduzent ganz oder teilweise an den dem Filmurheber originär zustehenden Anspruch auf gerechten Ausgleich beteiligt würde, unionsrechtswidrig sei. In der Schweiz würden sich die Berechtigungen am Filmwerk einzig nach dem in Art. 6 und 7 Abs. 1 URG verankerten Schöpferprinzip richten. Demnach sei ein Filmregisseur in aller Regel (Mit-)Urheber. Die Frage nach der Verzichtbarkeit des Anspruchs auf Leerträgervergütungen werde in der Schweiz indes kaum thematisiert. Fraglich sei, ob in diesem Kontext allenfalls Art. 49 Abs. 3 URG, wonach der Erlös zwischen den ursprünglichen Rechteinhabern und anderen Berechtigten so aufgeteilt werden soll, dass den Urhebern und den ausübenden Künstlern in der Regel ein angemessener Anteil verbleibe, ein wirksamer Schutz originärer Rechteinhaber bewirken könne.

Zusammenfassend hielt WIGGER fest, dass sich keine besorgniserregende «Entfernung» der EU von der Schweiz im Bereich der Vergütungsansprüche abzeichne. Dazu strich er hervor, dass die Tragweite der EuGH-Entscheidungen selbst innerhalb der EU strittig sei. Abermals hätte der Gerichtshof in seiner Praxis zwar Leitlinien und Problemkreise aufgezeigt, indes keine Lösungen geboten. Die angesprochenen Problemkreise seien auch in der Schweiz bekannt. Die entsprechenden, schweizerischen «Lösungen» können nach WIGGER durchaus an den Anforderungen des EuGH gemessen werden, jedoch seien Unterschiede im Regelungsfundament zu berücksichtigen und Bewährtes nicht ohne Not

über Bord zu werfen. WIGGER beendete sein Referat mit der Bemerkung, die wirkliche Herausforderung im Zusammenhang mit der Abgabe für Privatkopien liege nicht in den Sternen (*verstanden als Sinnbild für die europäischen Regelwerke*), sondern in der Wolke (sog. «Cloud Computing»). Grund dafür sei, dass der Leerträger als Mittel für den «gerechten Ausgleich» im Lichte der beinahe grenzenlosen Speicherkapazitäten in der Wolke zunehmend an Bedeutung verliere.

2. Diskussion

STAUFFACHER betonte, dass VITORINO auf Druck der Industrie die privaten Nutzer zur Kasse bitten wollte. Entsprechend entferne sich die EU vor allem im VITORINO-Schlussbericht von der Schweiz. Ein weiterer Teilnehmer wies darauf hin, dass in Spanien die Leerträgerabgabe ganz abgeschafft und dafür eine Steuer eingeführt worden sei. Nach HILTY würde die Musik bei den Vergütungsfragen zwischen den verschiedenen Rechteinhabern spielen. Hierzu führte er als Anschauungsbeispiel das in Deutschland hängige Rechtsverfahren zwischen einem Wissenschaftsautor und der VG Wort auf, im Rahmen dessen der Wissenschaftsautor beantragt habe, dass ihm die Vergütung direkt und nicht der VG Wort zukomme. Mit einer gewissen Besorgnis beobachtete MOSIMANN diesen Trend zur direkten Lizenzierung, welcher weg von den Vergütungsverhandlungen mit den Verwertungsgesellschaften führe, auch bei amerikanischen Grossverlagen. Auf die Frage, ob die EU gegen diesen Trend etwas vorzunehmen gedenke, wies HILTY auf die in der EU jüngst aufgegriffene Stakeholder-Diskussion zum Thema «Licences for Europe» hin. Die Problematik bei der Abwendung von Kollektivwahrnehmungen zugunsten von Direktlizenzierungen sei nach HILTY, dass die originären Urheber noch seltener eine Vergütung erhielten, da in solchen Konstellationen meist die derivativen Urheber verhandeln würden.

VI. Rechtsdurchsetzung

1. Referat

Prof. Dr. ROLF H. WEBER, Ordinarius für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht an der Universität Zürich, nahm sich der EuGH-Rechtsprechung zur Rechtsdurchsetzung an. Vorweg erläuterte er jedoch das jüngst ergangene Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) i.S. «Ashby Donald et al. vs. Frankreich» (Nr. 36769/08). Hintergrund dieser Entscheidung sei eine Verurteilung einzelner Pressefotografen zur Zahlung von Schadenersatz zufolge kommerzieller Veröffentlichung von Fotografien einer Modeschau gewesen, ohne dass dazu die Zustimmung der Rechteinhaber der abgelichteten Modekreationen eingeholt worden war. Nach Ansicht des EGMR schütze die EMRK geistiges Eigentum nicht uneingeschränkt. Daraufhin habe die Güterabwägung zwischen dem Recht des geistigen Eigentums (Art. 1 des ersten Zusatzprotokolls) mit den konfligierenden Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheiten der Medien sowie ihrer Nutzer (Art. 10 EMRK) ergeben, dass im konkreten Fall eine Einschränkung von Art. 10 EMRK durch das französische Urheberrecht angesichts des *lediglich kommerziellen* Charakters der Meinungsäusserung als gerechtfertigt erachtet wurde. Vor diesem Hintergrund habe der EGMR – so WEBER – jedoch einen interessanten Hinweis gemacht, wonach bei *ideeller* Meinungsäusserung, die einen Beitrag zur öffentlichen Debatte darstellen würde, allenfalls eine andere Interessenabwägung vorgenommen werden müsse.

In der Entscheidung «Promusicae» (C-275/06) habe der EuGH klargestellt, dass die EU-Richtlinien keine Verpflichtung der Mitgliedstaaten begründen würden, im Hinblick auf einen effektiven Schutz des Urheberrechts eine Pflicht zur Mitteilung personenbezogener Daten im Rahmen eines zivilrechtlichen Verfahrens vorzusehen. Gleichzeitig erachtete der EuGH die mitgliedstaatliche Regelung einer solchen Verpflichtung grundsätzlich als zulässig. Bei der Umsetzung der Richtlinien, insbesondere deren Auslegung, müsse allerdings ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den verschiedenen durch die Gemeinschaftsrechtsordnung geschützten Grundrechten sichergestellt werden. Nach WEBER sei die Entscheidung «Promusicae» später auch in der Entscheidung «Bonnier Audio AB» (C-461/10) bestätigt worden. Erstgenannte Entscheidung erinnerte WEBER an den Fall «Logistep» (BGE 136 II 508), in dem das Bundesgericht IP-Adressen als persönliche Daten qualifiziert habe, woraufhin eine Rechtfertigung zu deren Sammlung und Weitergabe als notwendig erachtet wurde, welche sich im konkreten Fall jedoch nicht aus Art. 12 oder 13 DSGVO ableiten liess. Nach WEBER habe das Bundesgericht in dieser Entscheidung – interessanterweise im Einklang mit der Entscheidung «Promusicae» – präzisiert, dass das Urheberrecht nicht gewichtiger als das Datenschutzrecht sein könne.

WEBER fuhr weiter fort, dass der Gerichtshof in der Entscheidung «Scarlet Extended SA» (C-70/10) unter Verweis auf die Entscheidung «L'Oréal» (C-324/09) eine Verpflichtung eines Providers zur Ein-

richtung umfassender Überwachungs- und Filtersysteme als unvereinbar mit Art. 15 Abs. 1 E-Commerce-RL¹¹ und Art. 3 Durchsetzungs-RL¹² erklärt habe. Dieser Grundsatz wurde in der Entscheidung «SABAM» (C-360/10) bestätigt. Darin habe der EuGH bekräftigt, dass Hostprovider gleich wie Accessprovider zu behandeln seien, eine umfassende Filterpflicht im Widerspruch zur E-Commerce-RL stehe und überdies die unternehmerische Freiheit beeinträchtige. Letztgenanntes dürfe nach WEBER ohnehin nur bei höherrangigen Interessen hingenommen werden. Nach WEBER sei die Rechtslage in der Schweiz identisch. Zwar gebe es keine analogen Bestimmungen zu Art. 12–15 E-Commerce-RL, jedoch gehe die schweizerische Lehre davon aus, dass keine Filterpflichten bestünden.

Sodann wandte sich WEBER dem Thema der Gebietslizenzen zu. Der EuGH habe in den verbundenen Rechtssachen «FAPL» (C-403/08) und «Murphy» (C-429/08) Gebietslizenzen grundsätzlich als mit dem Europarecht vereinbar qualifiziert. Dagegen sei ein absoluter Gebietsschutz (Marktaufteilung) durch Beschränkungen hinsichtlich Vertrieb und Nutzung von Decoderkarten kartellrechtlich nicht zulässig, was im Einzelfall auch nicht mit dem Schutz der Immaterialgüterrechte gerechtfertigt werden konnte.

Im hängigen Vorabentscheidungsverfahren «UPC Telekabel Wien» (C-314/12) müsse der Gerichtshof die interessante Frage entscheiden, ob die Zulässigkeit der Vervielfältigung zum privaten Gebrauch von der rechtmässigen Nutzung der Vervielfältigungsvorlage abhängt. Zusammenfassend konstatierte WEBER, dass sich die Rechtsprechung des EuGH in weiten Teilen mit der schweizerischen Rechtsprechung decke, sich jedoch dahingehend unterscheide, dass keine Differenzierung zwischen Access- und Host Providern gemacht werde.

2. Diskussion

Ein Teilnehmer begrüßte die «SABAM»-Rechtsprechung, in welcher eine umfassende Filterpflicht zwar abgelehnt wurde, jedoch andere Pflichten pro futuro enthalten seien. Derselbe wollte wissen, ob es in der Schweiz keine Verantwortlichkeit der Provider gebe. Nach WEBER seien in der Schweiz (noch) keine diesbezüglichen Entscheide ergangen. Provider würden sich freiwillig Selbstregulierungen unterstellen. WEBER bedauerte, dass es in der Schweiz nur wenig Literatur zur Verantwortlichkeit der Provider ohne Verweis auf Art. 12–15 E-Commerce-RL gebe. Die von alt Bundesrätin Ruth Metzler diesbezüglich geschaffene Vorlage sei im Jahre 2000 gescheitert. Danach sei die Diskussion rund um die zivilrechtliche Verantwortlichkeit im Gegensatz zur breit thematisierten strafrechtlichen Verantwortlichkeit rasch verklungen. HILTY lenkte die Diskussionsrunde auf den französischen Ansatz der Rechtsdurchsetzung «three strikes and you are out», welcher zwar nicht direkt mit dem Sekundärrecht, jedoch mit Grundrechten und Informationszugangsrechten zu tun habe. Diesbezüglich merkte WEBER an, dass in der Schweiz lediglich ein fernmeldetechnisches und nicht ein urheberrechtliches Recht auf Zugang zum Internet bestehe. Dr. DIRK SPACEK, Rechtsanwalt in Zürich, erwähnte im Zusammenhang mit der Rechtsdurchsetzung die für die Provider verbindliche französische Lex Hadopi und den britischen Digital Economy Act. Auf dessen Nachfrage hin stufte WEBER die Lex Hadopi als problematisch ein. Dieses Gesetz sei zwar bis anhin nicht Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens gewesen, jedoch sei der EuGH mit der Auferlegung von Pflichten generell zurückhaltend.

VII. Softwareschutz

1. Referat

Im Schlussreferat richtete Dr. CHRISTOPH GASSER, Rechtsanwalt in Zürich und nebenamtlicher Richter am Bundespatentgericht, den Fokus auf die Rechtsprechung des EuGH zum Softwareschutz. Dabei unterzog er die Entscheidungen «BSA» (C-393/09), «SAS» (C-406/10) und «UsedSoft» (C-128/11) einer vertieften Analyse.

¹¹ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl. Nr. L 178/1 vom 17. Juli 2000.

¹² Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. Nr. L 157/45 vom 30. April 2004, berichtet ABl. Nr. L 195/16 vom 2. Juni 2004 und ABl. Nr. L 204/27 vom 4. August 2007.

In der Entscheidung «BSA» sei zwar einer als Schnittstelle qualifizierten grafischen Benutzeroberfläche ein urheberrechtlicher Schutz als Ausdrucksform eines Computerprogramms nach Art. 1 Abs. 2 Software-RL (vormals RL 91/250/EG¹³) verwehrt worden, jedoch habe der EuGH diese im Lichte der Info-RL grundsätzlich als schutzwürdig erklärt, sofern das vorlegende Gericht ihr Originalität kraft «geistiger Schöpfung» in deren Anordnung und spezifischen Konfiguration der Komponenten (z.B. Icons, Bildschirmhintergründe, Toneffekte) zuspreche. Dagegen habe das Bundesgericht in BGE 133 III 273 E. 3.3 die Frage offengelassen, ob Video- und Computerspiele ausschliesslich als Computerprogramme nach Art. 2 Abs. 3 URG oder unter bestimmten Voraussetzungen zusätzlich auch als audiovisuelle Werke nach Art. 2 Abs. 2 lit. g URG geschützt werden können. GASSER bejahte dies gestützt auf Art. 2 URG und 17 URV. Mit Ausnahme der Funktionalitäten des Programms und der Grundsätze, auf welchen es beruhe, stünde nichts dem Schutz einzelner Elemente als Werke der Literatur und Kunst entgegen.

GASSER fuhr weiter fort, dass der EuGH in der Entscheidung «SAS» die Reichweite des Urheberrechtsschutzes (sog. Schutzbereich) für Computerprogramme konkretisiert habe. Art. 1 Abs. 2 Software-RL (vormals RL 91/250/EG) biete zwar Schutz für alle Ausdrucksformen von Computerprogrammen wie etwa Quellcode, Objektcode, unter Umständen auch Entwurfsmaterial, nicht jedoch für Ideen und Grundsätzen, die der Logik, den Algorithmen und den Programmiersprachen zugrunde liegen. Entsprechend habe der EuGH eine Urheberrechtsverletzung nach der Software-RL verneint, als ein Wettbewerber ohne Zugang zum Quellcode im Rahmen der von der Lizenz gestatteten Handlungen sowie der für die Benutzung des Computerprogramms erforderlichen Handlungen zum Laden und Ablaufen die Funktionalitäten des streitgegenständlichen Computerprogramms ermittelt hatte, um danach ein eigenes Computerprogramm unter Verwendung derselben Programmiersprache und desselben Dateiformats zwecks Nachbildung der so eruierten Programmfunktionalitäten zu schreiben. Immerhin habe der EuGH – so GASSER – den Schutz der «SAS-Sprache» und des «SAS-Dateiformats» als Textwerk nach der Info-RL grundsätzlich vorbehalten. Überdies sei klargestellt worden, dass kraft Art. 5 Abs. 3 der Software-RL verhindert werde, dass solche Ideen und Grundsätze im Ergebnis mittels eines Lizenzvertrages, z.B. anhand eines darin enthaltenen Nutzungsverbots zu reproduktiven Zwecken, geschützt werden könne. Die mittels Lizenzen nicht wegbedingbare Schranke des Art. 17 Abs. 1 lit. b URV enthalte nach GASSER eine sinngemässe Regelung für die Schweiz. Danach sei das Beobachten des Funktionierens des Programms, wenn dies im Rahmen der Handlungen zur bestimmungsgemässen Verwendung erfolge, zulässig.

In der Entscheidung «UsedSoft» habe der EuGH – so GASSER – den Sprung ins digitale Zeitalter gewagt. Darin habe der EuGH den Grundsatz aufgestellt, dass die Software-RL als *lex specialis* zur Info-RL körperliche und nicht körperliche Kopien von Computerprogrammen gleichstelle, womit an beiden die Erschöpfung nach Art. 4 Abs. 2 Software-RL eintreten könne. Entsprechend sei der (UsedSoft-)Kunde, der kein (von Oracle) abgeleitetes Nutzungsrecht halte, rechtmässiger Erwerber der Kopie nach Art. 5 Abs. 1 Software-RL, wenn sich dieser auf die Erschöpfung nach Art. 4 Abs. 2 Software-RL stützen könne. Darauf könne er sich berufen, wenn (a) die Lizenz dem Ersterwerber ursprünglich (von Oracle) zeitlich unbegrenzt und gegen Leistung eines Entgelts, das eine dem wirtschaftlichen Wert der Kopie entsprechende Vergütung ermögliche, überlassen worden sei, (b) der Weiterverkauf dieser Lizenz mit dem Weiterverkauf einer von der Internetseite (von Oracle) heruntergeladenen Kopie verbunden sei, und (c) der Ersterwerber (Oracle-Kunde) seine Kopie unbrauchbar mache, damit er diese nicht bloss aufspalten und selbst weitergebrauchen könne. Angesichts dieses Verfahrensausgangs sei fraglich, wer gewonnen habe; zum einen sei dadurch das UsedSoft-Geschäftsmodell stark eingeschränkt worden, zum anderen vermochte Oracle nicht zu obsiegen. Nach GASSER entspreche die Entscheidung «UsedSoft» im Wesentlichen dem Massnahmeentscheid des Kantonsgerichts Zug vom 4. Mai 2011 (sic! 2012, 99), in dem die Erschöpfung des Computerprogramms auch im Online-Vertrieb angenommen wurde. Im Gegensatz zur jüngst ergangenen Entscheidung «UsedSoft» erachte das Kantonsgericht Zug, das Bundesgericht (BGE 124 III 321) und die h.L. vertragliche Beschränkungen des Weitervertriebsrechts «inter partes» grundsätzlich als möglich. GASSER beendete seinen Vortrag mit der Bemerkung, dass die EuGH-Rechtsprechung zum Gebrauchtsoftwarehandel freundlicher sei als die diesbezügliche schweizerische Rechtsprechung.

¹³ Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. Nr. L 122/42 vom 17. Mai 1991, aufgehoben durch die Software-RL.

2. Diskussion

HILTY und GASSER teilten die Auffassung eines Teilnehmers, wonach die Problematik in der Entscheidung «UsedSoft» weniger ein Fall der Erschöpfung als vielmehr ein Fall der «implied license» sei. Der EuGH hätte dies allerdings nicht explizit sagen können, zumal in Art. 4 Abs. 2 Software-RL vom «Erstverkauf» die Rede sei. Nach HILTY stelle diese Entscheidung in erster Linie eine Ohrfeige für die deutsche Dogmatik dar. Der Träger sei ohnehin schon im Eigentum des Nutzers, entsprechend erhalte dieser nur eine Nutzungsberechtigung (i.e. Lizenz) und schliesse keinen Kaufvertrag ab.

VIII. Schlussdiskussion

Die vorangegangenen Referate und Diskussionsrunden liessen HILTY die Gesamtschlussfolgerung ziehen, dass die Schweiz nicht europahörig sein müsse, da das schweizerische Urheberrecht und die dazu ergangene Rechtsprechung bezogen auf die technischen Entwicklungen im digitalen Zeitalter weiter seien als die entsprechenden EU-Richtlinien und die dazugehörige Rechtsprechung des EuGH. HILTY beendete die Tagung mit der Bemerkung, dass die Entwicklungen der EuGH-Rechtsprechung gleichwohl im Auge behalten werden sollen.